

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en la reciente Sentencia de 26 de Mayo de 2010 sobre la conformidad de la adjudicación de contratos de urbanización entre Ayuntamientos y agentes urbanizadores con arreglo a la legislación autonómica valenciana.

el Tribunal de Justicia **considera que no estamos ante un “contrato de obras” sino mas bien un “contrato de servicios”** pues *“no se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador”*; además, el marco de la ejecución del PAI por el agente urbanizador comprende actividades que no pueden calificarse de «obras» en el sentido de la Directiva de contratación pública y cita expresamente estas: *«la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, así como las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI. Así ocurre también cuando el urbanizador [...] debe organizar el concurso público destinado a designar al empresario constructor al que se confiere la ejecución de las obras de urbanización»*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 3ª, de 26 mayo 2011 96No se ha demostrado en absoluto que las obras de conexión e integración de los terrenos con las redes de infraestructuras, energía, comunicaciones y servicios públicos existentes constituyan el objeto principal del contrato celebrado entre la entidad territorial y el urbanizador en el marco de un PAI en gestión indirecta. La ejecución del PAI por el urbanizador comprende, como resulta concretamente de los apartados 21 y 23 de la presente sentencia, actividades que no pueden calificarse de «obras» en el sentido de las Directivas invocadas por la Comisión en su escrito de demanda, a saber, la elaboración del plan de desarrollo; la propuesta y la gestión del correspondiente proyecto de reparcelación; la obtención gratuita en favor de la Administración de los suelos dotacionales públicos y con destino al patrimonio público de suelo de la entidad territorial; la gestión de la transformación jurídica de los terrenos afectados y la realización del reparto equitativo de las cargas y beneficios entre los interesados, así como las operaciones de financiación y de garantía del coste de las inversiones, obras, instalaciones y compensaciones necesarias para la ejecución del PAI. Así ocurre también cuando el urbanizador, como se puntualiza en el artículo 119, apartado 1, de la LUV, debe organizar el concurso público destinado a designar al empresario constructor al que se confiere la ejecución de las obras de urbanización. 97Por otra parte, cabe señalar que algunas de las actividades que comprenden los PAI, tanto con arreglo a la LRAU como a la LUV, según se han mencionado en el apartado anterior, parecen corresponder, por su naturaleza, a las actividades contempladas en la categoría 12 de los anexos I, parte A, de la Directiva 92/50 y II, parte A, de la Directiva 2004/18, relativas a los servicios mencionados en el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50 y en el artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18, respectivamente. 98De todo ello resulta que la Comisión no ha demostrado que el objeto principal del contrato celebrado entre el ayuntamiento y el urbanizador corresponda a contratos públicos de obras en el sentido de la Directiva 93/37 o de la Directiva 2004/18, lo que constituye una condición previa para la declaración del incumplimiento alegado.

Julio Tejedor Bielsa

Juntas de compensación y obra de urbanización

No hace muchos años existía un total consenso acerca de la gestión privada de la obra de urbanización. Nadie en España se había planteado con cierta seriedad el régimen de contratación al que quedaban sujetas las juntas de compensación, ejemplo típico de agente colaborador de la administración pública. Integradas por propietarios afectados por una actuación urbanística integrada, además del representante municipal y, en su caso, empresas urbanizadoras, desarrollaban una actuación de gestión urbanística que, a la postre y en el marco del sistema de compensación, implicaba el cumplimiento por los propietarios de una serie de deberes derivados de la legislación y el planeamiento urbanístico, la asunción de las correspondientes cargas y, como corolario, la adquisición de los solares resultantes de la ejecución del plan

Para ello, la junta celebraba contratos de ejecución de obras, de arrendamiento de servicios y obras o de suministro, dejando al margen otros precisos para la financiación de su actuación. Todos esos contratos estaban inequívocamente sujetos al derecho privado. Tal era la situación. Sin discusión.

En ese estanque, antaño sólo agitado por una actividad urbanizadora e inmobiliaria sin precedentes, lanzó la piedra la Comisión Europea. Sin embargo, lo hizo no pensando en la situación expuesta, inicialmente, sino en la más polémica figura del urbanizador regulada en la legislación de la Comunidad Valenciana y, muy probablemente, en las graves restricciones a la competencia que el sistema urbanizador imperante en España planteaba para las empresas europeas. El caso es que el inicial debate acerca del régimen de selección del urbanizador derivó rápidamente hacia otro, bien distinto, que fue el del régimen jurídico de la urbanización y, en particular, el de su sumisión a las Directivas en la materia. Fue en ese contexto en el que el tradicional sistema de compensación se vió alcanzado por la polémica, especialmente atendiendo al hecho de que bajo su versión valenciana de 1994, la adjudicación preferente de programas a favor de los propietarios que alcanzasen determinadas mayorías, fue también objetado por la Comisión Europea.

La cuestión objeto del interrogante, en síntesis, es la siguiente:

¿Debe considerarse fuera del ámbito de las Directivas la contratación por las juntas de compensación en cumplimiento de un deber legal o carga impuesta a los propietarios que la integran de prestaciones relativas a la ejecución del planeamiento urbanístico que, de no ser por ello, estarían sujetas?

Lo cierto es, sin embargo, que suscitando cierto consenso doctrinal la apreciación que realiza la Junta estatal en la doctrina, pues parece evidente la falta de encuadramiento de las juntas de compensación en el sector público, no cabe afirmar lo mismo de la conclusión, atendiendo a la interpretación funcional del ámbito de las Directivas que sostiene el Tribunal de Justicia y que se plasma en conocidas Sentencias entre las cuales deben destacarse, sin duda, las de 12 de julio de 2001 y 21 de febrero de 2008 sobre el conocido asunto *Scala*.

Pudiera decirse que, en alguna medida, el informe 44/2009 elude el fondo de la cuestión planteada.

No hace lo mismo, en absoluto, el informe 21/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa aragonesa sobre “naturaleza jurídica de la relación entre las juntas de compensación y la administración municipal, en atención a la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón”. El informe fue solicitado por el Ayuntamiento de Zaragoza y, dejando al margen alguna cuestión estrictamente urbanística y vinculada en gran medida al régimen transitorio de la norma urbanística aragonesa, se centra desde la perspectiva de la contratación en dos cuestiones. En primer lugar, se cuestiona la naturaleza contractual de la relación entre las juntas de compensación y los ayuntamientos. En segundo lugar, y con cita expresa del informe 44/2010 al que me he referido anteriormente, plantea si, dado que las juntas de compensación no parecen tener la consideración de entidades del sector público, deben sujetar su actividad contractual a lo previsto en la normativa de contratación del sector público.

La Junta Consultiva aragonesa, en esencia, comparte la posición de la Junta Consultiva estatal en lo que respecta a la exclusión del sector público de las juntas de compensación y, consecuentemente, la imposibilidad de considerarlas poderes adjudicadores “salvo participación mayoritaria, claro está” advierte no obstante (consideración jurídica III, p. 16). Sin embargo, no detiene ahí su análisis y, a diferencia de la Junta estatal, sí se hace eco de la jurisprudencia que delimita el ámbito de aplicación de las Directivas de acuerdo con criterios funcionales. Al respecto, afirma con contundencia que “es el concepto funcional de obra pública de las obras de urbanización exigidas por la legislación urbanística lo que «atrae» el régimen de de la contratación pública a la actuación de la junta de compensación, *por cuanto concurren todas las notas para su consideración de obra pública*, tal y como se deriva de la Sentencia del TJCE de 12 de julio de 2011 (Asunto *Scala* de Milán). Y en este sentido debe interpretarse el artículo 163 LUA, que remite a las reglas de licitación del artículo 175 LUA”. Por ello, las juntas de compensación, aun excluidas del sector público y sin que les corresponda la condición de poderes adjudicadores, “vienen obligadas a aplicar la normativa de contratación pública solo cuando ejecutar obra pública derivada de la función urbanística encomendada” (consideración jurídica III, p. 17). Además, anticipándose en

alguna medida al debate suscitado por la reciente Sentencia de 25 de mayo de 2011 y de acuerdo con el criterio de la Sentencia de 18 de enero de 2007 (asunto Auroux) opta por una interpretación amplia del concepto de obra urbanizadora que incluye múltiples servicios instrumentales pero sugiere, sorprendentemente, la reparcelación, simplemente por ser “técnica urbanística y no concurrencial”. El proyecto de reparcelación como instrumento de gestión urbanística, sin embargo, no deja de ser un documento técnico, habitualmente redactado por profesionales de diferentes disciplinas con los que media una relación de arrendamiento de servicios o de obra, cuando contratan en régimen de derecho privado. No puede compararse a este respecto, por tanto, el criterio de la Junta Consultiva, aun cuando pueda resultar coherente con la voluntad habitual de los propietarios mayoritarios de las juntas de compensación de encargar dicho instrumento, por su relevancia, a personal de su estricta confianza (aunque no lo sea de los minoritarios) excluyendo de este modo la concurrencia. Con este matiz, en todo caso, el criterio de la Junta Consultiva aragonesa resulta hasta el momento impecable, aunque no aborda cuestiones polémicas como la del régimen de contratación aplicable en los supuestos de propietario único, urbanización accesoria a la licencia de edificación o cuando existan, conforme a la normativa urbanística, empresas urbanizadoras incorporadas a la junta de compensación, cuestiones que, en mi opinión, deben resolverse en sede urbanística, extendiendo o no la excepción licitatoria en función de la intensidad de la vinculación de la urbanización al derecho de propiedad.

En cambio, resulta más discutible a mi juicio la respuesta que la Junta Consultiva aragonesa da a la otra cuestión planteada, la relativa a la naturaleza jurídica de la relación entre las juntas de compensación y la administración municipal. La Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón, impone la formalización entre junta y administración de un “contrato para la ejecución del programa de compensación”. Configura de este modo la relación entre ambos como inequívocamente contractual, al igual que ocurre en el caso del agente urbanizador, bien es cierto que amparada por la excepción licitatoria admitida en la normativa estatal de suelo, apuntada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2010 (asunto *Müller*) y asumida en la Sentencia de 25 de mayo de 2011 (asunto *Urbanizador*). Recuérdese, a este respecto, que la Comisión Europea no sólo dirigió su acción contra el régimen jurídico del urbanizador no propietario sino que, en relación con la normativa valenciana de 1994, también lo hizo contra el urbanizador que, por ostentar propiedad o título dispositivo equivalente sobre más del cincuenta por ciento de los terrenos del programa, disfrutaba de un régimen de adjudicación preferente con excepción licitatoria. La previsión de un régimen jurídico que pudiera combatir el criterio de la Comisión esgrimiendo la excepción licitatoria, a la espera del criterio del Tribunal de Justicia pendiente cuando se aprobó la norma aragonesa y aún no cerrado, justificó suficientemente la solución adoptada.

La Junta Consultiva aragonesa opta, en esta última cuestión, por propugnar una interpretación correctora de la norma aragonesa, rechazando la naturaleza contractual de la relación entre juntas de compensación y administración, expresamente establecida en ella, y acogiendo las tesis doctrinales articuladas sobre la normativa estatal y autonómica precedente, únicamente supletoria la primera y derogada la segunda. Opta de este modo por considerar que al prever la norma urbanística aragonesa que “la relación entre la junta de compensación y la Administración se rige por lo establecido en esta Ley y, supletoriamente, en la normativa sobre contratación del sector público para el contrato de gestión de servicios públicos” (art. 163.2 Ley 3/2009) no califica la relación jurídica, pese a la exigencia de contrato, sino que en base al carácter estructurante de la normativa de contratación pública fija criterio de integración normativa. Nos hallaríamos pues, según la Junta aragonesa, ante un “encargo o traslado de funciones públicas –de carácter unilateral–” que exime de cumplimiento de la normativa de contratación en materias tales como garantía definitiva, recurso especial, publicación en perfil de contratante, entre otras. Sólo un argumento se aporta en el informe comentado en apoyo de esta tesis, contraria al tenor literal de la Ley, la ausencia de posibilidad de explotación económica, sin mayores desarrollos.

La tensión entre el tenor literal de la Ley 3/2009, que no responde a ese planteamiento, y la interpretación correctora que propone la Junta Consultiva aragonesa, hace que ésta “recomiende al Gobierno de Aragón su revisión, para su clarificación y ajuste al marco normativo vigente de la contratación pública”. El avance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia quizá lo permite ya, aun cuando la cuestión del régimen jurídico de la obra de urbanización todavía no pueda considerarse definitivamente resuelta, desgraciadamente, tras la Sentencia de 25 de mayo de 2011.